

第30卷第4期
2012年4月

河北法学
Hebei Law Science

Vol. 30, No. 4
Apr., 2012

风险社会的刑法调适

——以危险犯的扩张为视角

郭 浩 李兰英

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361005)

摘 要: 风险社会的实质是人类在从现代技术手段获益的同时,却无法完全掌控这些手段,陷入对自身行为所可能带来的风险无法预测与控制的境地。风险社会的风险源于人的决策与行为,因此,如何有效管控人的行为,最大限度地规避与控制各种潜在风险,成为人类社会所面临的共同任务。作为社会调控最后手段的刑法也必须针对当前的风险状况及时做出回应。现行刑法基于传统的以实害犯为主的立法模式,无法有效地规制各种风险行为。危险犯的立法设计,特别是抽象危险犯的设置,能够将刑法的保护防线提前,从而达成法益保护的早期化,有利于对社会共同体的安全保障,是应对风险行为的有效处置手段。

关键词: 风险社会; 行为规制; 法益保护早期化; 抽象危险犯

中图分类号: DF611

文献标识码: A

文章编号: 1002-3933(2012)04-0121-08

The Adjustment of Criminal Law in Risk Society: From the Perspective of the Expansion of Potential Damage Offence

GUO Hao, LI Lan-ying

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

Abstract: People is drawing the support from modern technology but they cannot control it completely, which makes people cannot predict and control the risk from their own behavior. That is the essence of the risk society. The risk in this society results from decisions and actions of people. Therefore, how to manage the behavior of people to avoid and control various potential risks, is a common task of human beings. As the final measure of social adjustment, the criminal law ought to give an instant response to the current circumstance of risk. The existing criminal law is based on the legislative pattern of actual

收稿日期: 2012-02-03 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2012年2月27日数字出版,全球发行

基金项目: 厦门大学法学院李兰英教授主持的国家社科基金项目《风险社会中的刑事归责研究》(08BFX056)的阶段性成果

作者简介: 郭 浩(1986-),男,福建福州人,厦门大学法学院刑法学硕士研究生;

李兰英(1967-),女,河北保定人,厦门大学法学院教授,法学博士后,博士生导师。

damage offense, which cannot effectively manage the behaviors of risk. The legislative design of potential damage offence, especially the abstract potential damage offence, can push forward the defensive line of criminal law, which can achieve the early offense of legal interest and ensure the security of the social community. Consequently it's an effective way to deal with the behavior of risk.

Key words: risk society; regulation of behaviors; early defense of legal interest; abstract potential damage offence

一、风险社会与刑法的作用

(一) 风险社会与风险

自人类进入工业社会以来,得益于科技的不断进步,社会物质财富大大充裕。但与此同时,在现代化进程中,生产力的指数式增长,使危险和潜在威胁的释放达到了一个我们前所未有的程度^[1]。这种情形被社会学家称作“风险社会”,它是指在后工业化时代,人类借助日益发达的科学技术,在努力改善生活质量的同时,却由于高科技手段所带来的种种风险,置自身于一种不安全的环境之中,而人类的认知与实践能力却无法掌控的状态。近年来爆发的日本核泄漏事故、欧洲大肠杆菌污染事件,无不在提醒我们,人类正处在一个充满风险的社会当中。

风险在不同时期则表现出不同的形式与内涵——在早期社会,人们所面临的风险更多地由外在的自然力引发,如风暴、海啸、地震以及疫病等。自人类进入工业社会以来,不断发展的科技正在消解这些外源性风险对人类的影响。人类所面临的风险,更多地源于自己所采用的技术手段,是一种内生性的风险,如核安全风险、食品安全风险、环境污染风险、生态破坏风险等,这些风险无时无刻不存在于我们周围。

现代社会中,风险以多种形式存在,既有传统的风险,也包括风险社会所独有的新型风险。贝克总结人类各个历史时期的风险形态,将风险分为三类——“前现代的灾难”、“工业时代的风险”以及“晚期工业时代体现在大规模灾难中的不可计算的不安全”。它们分别体现为地震飓风等外部风险;职业事故风险及大规模的生态、核、化学以及基因风险^[2]。风险社会中的新型风险表现出以下几个特点:

1. 风险产生伴随着人的因素,具有人为性。人类的决策及实践活动构成风险的主要来源,而自然灾害一类的外生性风险则变得次要^①。

2. 风险产生于人的决策与行动,具有不可避免性。人类欲求得自身生存与社会发展,必须要做出一定的决策并付诸行动。而风险就存在于人类的决策与行动过程中,是人类在求得社会发展的过程中所必须负担的代价。

3. 风险多源于人类所赖以改造生活的日趋复杂、抽象的技术手段,对其认知和处理存在困难,具有不确定性。在后工业化的今天,文明的风险一般是不被感知的,并且只出现在物理和化学方程式中^[1]。在应对方法上,现有的风险计算方法、经济补偿方法都难以从根本上解决问题^[3]。风险在何时何地发生、如何发生、后果如何,都不是现有的技术条件能够解答的。

4. 现代社会的风险伴随在发达的科学技术左右,科技在带来高效率的同时,也不可避免带来了高度风险,风险一旦爆发,其后果很可能是灾难性的。现代化的科技手段在带来高效率的同时,同样也深藏着高风险性,若任其负面因素爆发,将会造成灾难性的后果。

5. 风险的影响在空间维度上具有全球性,在时间维度上则具有延续性。风险不再局限于特定的区域或特定的阶级,它超越传统的民族国家的边界,具有跨区域性甚至全球性。同时,风险的后果往往具有持续性,它对人类所造成的影响短期内难以消除,会长期持续地作用于人类。

(二) 风险社会与刑法干预

风险社会中,社会个体面对日趋复杂、层出不穷的新型风险,在认知能力与反应能力上都有所欠缺,依靠个人或一般团体的力量来应对风险是极其困难的。国家拥有着普通个人或群体所不具备的经济、政治、法律和技术资源,无论从其职责层面还是能力层面而言,都应当是应对和管理风险的最主

要角色。法律作为社会管理的最主要手段,自然要参与到对风险的管理中来。刑法作为法律体系的重要组成部分,同样不能缺席对风险的调控与管理,没有刑法参与调整的风险法律调控体系必然会在调控的深度和力度上存有缺陷。相比其他的法律部门,刑法在干预风险方面存在着不可比拟的优势,具体体现在以下几个方面:

第一,刑法具有公法性,能够更好地整合国家的资源与力量。刑法属于公法,它调整的是国家与公民之间的关系,它的适用主体只能是国家。国家与普通公民相比,在对经济、政治、文化以及技术资源的掌控上具有无法比拟的优势,从而能够更好地判断和管理风险。将刑法干预引入风险管理,可以克服孤立个人或团体在应对风险时在反应能力和控制能力上的不足。

第二,刑法具有强制性,有助于实现对风险的有序管理。刑法的强制性表现在刑事程序的发动以及对结果的追究都由国家机关进行,而不以个人意志为转移。不告不理、意思自治这些私法原则在刑法上不存在太多的应用空间,从而避免了风险的制造者藉此来逃避或者免除责任的机会。将刑法干预纳入风险管理,有利于实现风险管理的常态化和有序化。

第三,刑法具有严厉性,能够更有力地打击危害社会的风险行为。刑法可以剥夺犯罪人的荣誉、财产、资格、自由甚至生命,它对违法者的处置严厉程度远大于其他部门法。将刑法干预纳入风险管理,能够大大提高风险制造者的违法成本,起到良好的震慑效果。

二、刑法之转型:从传统刑法到风险刑法

(一) 传统刑法的不足

面对无处不在、难以确定的风险,人们凭借“惯常的科学和法律制度建立起来的风险计算方法崩溃了”^[1]。传统刑法在应对风险的问题上,存在相当的不足。首先,传统刑法所建立的是一个以实害犯为核心的体系,以实害犯为刑法规范的对象,将行为人的行为与法益实害相连结,以不法行为产生实害作为可罚性的界限。第二,传统刑法基于法治理念,重视对公民权利的保障,对国家刑罚权施以严格的限制。为了防止公权力对公民权利的恣意干涉,传统刑法以行为人的行为作为评判基点,只有在符合构成要件的行为惹起法益侵害结果(或具有惹起法益侵害的危险),且具备可谴责性时,国家刑罚权的发动才具有正当性。传统刑法体系在风险社会的新形势下,面对公众要求防控风险的诉求却难以做出有效回应。具体而言,其局限性表现为:

1. 传统刑法基于谦抑思想,不轻易介入社会生活,具有被动性。谦抑原则要求将刑罚作为防止犯罪的最后手段;刑法规制只应控制在维持社会秩序所必须的最小限度之内;即便行为人实施了犯罪,但如果不是为了保护法益而迫不得已的话,就应该基于宽容精神,尽量不动用刑罚^[4]。保障国民自由、维持社会秩序,是刑法的价值追求所在。谦抑思想要求刑法在可能的情况下,最大限度地对保障国民自由做出让步。面对层出不穷的风险,传统刑法的这种被动性,容易造成国家对风险的失控,不利于对国民安全的保障。

2. 传统刑法的规制对象以实害犯为主,是一种回溯式的反应机制。大多数的犯罪成立是以法益的严重危害结果作为发动刑罚权的根据。这种事后处置的模式,因符合社会通念上的报应思想而具有正当性。但现代社会的新型风险一旦转为实害,会造成灾难性的后果。此时,刑法的介入于事无补。

3. 传统刑法将犯罪的本质视为引起法益侵害的行为,法益侵害是国家刑罚权介入的必要条件。而法益,其原始意义应该限于刑法上所谓的个人法益,亦即个体的生命、身体、财产、名誉自由等的法益。而国家法益与社会法益,其实都不是一种法益,姑且只能称之为技术意义的法益。而对破坏这些法益的行为的禁止处罚,是因为这些行为到头来会侵害到无数个人的法益。对于这些法益,必须能具体还原为个人法益的保护^[5]。风险社会中的新型风险具有认识上的困难性,即使能够被人们发觉,也不一定能马上被感知。若坚持传统刑法以物质化形式所表现出来的法益的侵害,作为刑法介入的基准,那么许多风险犯罪将会因为其危害性不被感知或不能马上被觉察而逃过法律的制裁,导致“有组

织的不负责任”^[6]的严重后果。

(二) 风险刑法的调整

传统刑法基于对古典时代社会生活经验的归纳,所建立起的严谨缜密理论体系,在应对现代社会的风险时却是漏洞百出。这种理论范式过于注重规范体系中危害与罪过等内在变量的探讨,忽视社会性的外在参数对刑事立法与刑法理论的构造性影响^[7]。刑法不是一个封闭的体系,刑法理论与实践的演变,都与社会需求有着密切联系。在风险社会,人们时刻处于风险的火山口上,控制风险、保障安全成为公众的首要需求。针对这种诉求,风险刑法呼之欲出。相比传统刑法,风险刑法应当在以下几个方面做出调整:

1. 刑法应当适度转变谦抑精神,更加主动地参与到对社会生活的调控中来。长期以来,在法治国精神、民权主义的影响下,刑法的价值天平总是向着人权保障一端倾斜,而维持秩序这一端却受到压制。然而在风险社会中,社会共同体对于安全的要求压倒了一切。

作为个体的市民在风险面前是无力的,只有国家才具有相应的科技、政治和法律能力来应对风险。因此,国家必须承担起对公众安全的保障责任。此种情况下,刑法将是国家管控风险的有力手段。在维护社会共同体安全的公共政策影响下,刑法必然要以一种更积极的姿态介入社会生活之中,对风险进行管理和调控。

2. 刑法对犯罪的认定及处罚,不再基于法益侵害,行为无价值成为新的判断标准。随着越来越多的科学技术应用到社会生产之中,风险的预测与掌控变得愈发困难,风险转化成实害的后果也更加严重。传统刑法将法益侵害作为介入的根据,处罚危险犯只是作为例外的补充。但是,风险的感知困难与巨大危害性,不再容许人们依据传统的法益侵害来定义和处罚风险犯罪。风险刑法虽然也强调对法益的保护,但是它以防范风险发生为目的,不在意何种具体法益受到损害^[8]。对风险刑法而言,只要行为具有一定的危险性,就应该被认定为犯罪,得以刑罚手段处理。“危险刑法不再耐心等待社会损害结果的出现,而是着重在行为非价判断上,以制裁手段恫吓、镇慑带有社会风险的行为。”^[9]社会共同体基于科学与常识的判断,将一些典型的、脱离社会相当观念的危险行为纳入刑法,形成行为无价值的判定标准。只要行为违反这些禁止性规范,就有动用刑罚规制的必要。

3. 刑法的防线前置化,更加强调积极的事前预防。所谓“刑罚”,从实质上而言,系以犯罪之报应作为本质,以痛苦、恶害作为内容。唯刑罚本身并无存在之理由,其所以成为国家制度,乃为实现一定目的而被加以利用之故。纵令刑罚附随着种种功能,然其目的却在于根据法益之保护以维持社会之秩序^[10]。传统刑法视野下的刑法,虽有一般预防与特殊预防的功利目的,但还是带着浓厚的报应色彩。后现代社会的新型风险一旦转化为实害,容易造成严重的后果。因此,风险刑法应当将介入的时间提前,将事前预防作为关键,将刑法防线前置化。风险刑法更加突出刑罚的预防功能。“预防必要性”替代“非难可能性”成为处罚的重心。

三、危险犯之设置:风险刑法的应对机制

风险刑法基于防控风险的安全政策,力图将风险控制在未然状态。在这种以对社会公共安全的提前保护为核心的政策导向下,处罚早期化成了必然的选择。这种变革要求立法者在立法技术上做出转变,在刑法典中大量设立危险犯,则是大陆法系国家的立法选择。危险犯的成立不需要行为造成实质法益侵害,只要存在法益侵害的危险即可。

(一) 具体危险犯与抽象危险犯之区别

理论上,危险犯可被分为具体危险犯和抽象危险犯两种形态。具体危险犯,是将发生法益侵害的具体危险作为构成要件要素的犯罪类型。一般地,在分则相关的条文中,一般都会以“足以使发生……危险”的方式进行明示。对于具体危险犯,法官必须就具体之案情,逐一斟酌判断,而认定构成要件所保护之法益果真存有具体危险时,始能成立犯罪^[11]。抽象危险犯,则是由于在通念上被认为具有发生法益侵害严重后果的危险性,经立法者以构成要件的形式予以类型化,而被刑法禁止的行为。抽象

危险犯的可罚性不以实际上出现危险状态为必要,只要行为人实施了符合刑法规定的构成要件的行为,即使该行为实际上并没有引起任何危险状态,该行为仍然应当受到处罚。具体危险犯与抽象危险犯,都是可能对法益造成侵害的行为。但是,这些行为实际上是否造成法益侵害,在理论与实践上存在认定的困难。即使能够认定侵害结果,也可能由于责任认定上的困难,以致无法对当事人进行追究。因此,立法者专门设立危险构成要件作为堵截构成要件^[12],在实害发生之前就进行处罚,防止风险实害化。

具体危险犯和抽象危险犯虽然同属危险犯,但两者之间却存在根本性的差异:

1. 在具体危险犯中,危险作为犯罪成立的必备要件,若阙如则无法构成犯罪;而抽象危险犯的规范特征是,危险不是该犯罪构成的要件,而是该行为可罚的实质违法的根据。因此,抽象危险犯的成立并不要求行为对法益侵害的危险具体地达到现实化的程度^[13]。

2. 对具体危险犯中的危险,需要法官根据行为时的情况,具体地认定行为是否有法益侵害的可能性;而抽象危险犯中的危险,是一种立法拟制,只要行为符合法定构成要件,就可以推定行为具有抽象危险。对于是否存在法益侵害的危险,法官并没有审查的义务。

3. 具体危险犯,在具体案件中,对于一种通过有关行为构成加以保护的對象,出现了一种真正的危险,被认为是结果犯的一种^[14]。抽象危险犯,因其在社会通念看来具有危险性,刑法所评价与处罚的只是行为本身,故被认为是行为犯之一种。

总之,具体危险犯与抽象危险犯最主要的区别在于危险是否实际存在。具体危险犯要求真正地存在法益侵害的危险,而抽象危险犯的“危险”却是一种法律拟制。法律拟制的特点是将原本不同的行为按照相同的行为处理(包括将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理)^[15]。抽象危险犯是立法者根据社会的共同经验,将被普遍认为具有危险性的行为,通过立法拟制直接推定其具有危险性,不以发生实害结果作为追究责任的必要。

(二) 抽象危险犯之立法选择

毋庸置疑,危险犯将是风险刑法的主要立法模式。那么,在具体危险犯与抽象危险犯之中,选取何者更加适宜?笔者认为,选择抽象危险犯作为今后的立法模式,显然更具优越性。试分析如下:

1. 抽象危险犯比具体危险犯更加有利于对法益的保护。虽然两者都是基于周延保护法益的初衷,采取处罚早期化的方式来对危险行为进行干涉。但是,具体危险犯以出现法益侵害的具体危险结果作为犯罪成立的要件,被认为是结果犯的一种。所谓具体危险,必须是具有法益侵害现实性与紧迫性的危险。具体危险与实害结果,虽然有着未然与实然的本质区别。但二者的距离只在一线之间,具体危险极容易转化为实害结果。抽象危险犯的构成要件则不包括现实存在的危险状态,它是由立法者对一些典型的危险行为立法拟制而来。只要行为符合法定构成要件,就推定存在危险,不需要法官的具体认定。抽象危险犯的成立标准比具体危险犯有所降低,只要行为人实施了符合法定构成要件的行为,不问是否存在危险,就应当接受刑罚的制裁。这种立法模式能够将刑法的防线进一步提前,对高风险行为尽早进行堵截,有利于对社会安全的保护。

2. 抽象危险犯能比具体危险犯更好地贯彻积极一般预防的目的。风险刑法实行严格的预防导向,不同于传统刑法以报应为中心,而是以预防为核心,其预防观念也从传统刑法的消极一般预防转向积极一般预防^[8]。消极的一般预防,着重通过刑罚的执行来对潜在犯罪人进行威慑。而积极的一般预防则反映在维护和加强对法律秩序的存在能力和贯彻能力的忠诚上,通过法律共同体中证明法律秩序的牢不可破,并且由此加强人民的法律忠诚感^[14]。在风险社会中,培养民众的法忠诚感,令其自觉遵守法律规范,更有利于保障社会共同体的安全。这需要良好的法律进行明示,有赖通过法律的执行来确证民众对法律的信赖。抽象危险犯模式下,立法者只需将某些从生活经验与科学法则中被明确的、具有高度风险的行为犯罪化,就能向公众表明这些行为是不被允许的。同时,只要行为符合法定构成要件,刑法就可以介入进行处罚。通过对这些危险行为的处罚,进一步明确了刑法对这些

行为的禁止,确证了民众对法律的信赖。民众对法律的信赖与忠诚得到了强化,在日常生活中会更加重视对法律规范的遵守,而法规范的保护目标——社会共同体的安全也就得到了保障。

3. 相比具体危险犯,抽象危险犯能够减轻司法机关的举证责任,方便国家对危险行为进行追责。进入风险社会以后,公民个人单薄的力量,无力抵御风险,唯有国家才能予以应对。保障公众安全成为国家的首要任务,对于风险行为的追诉,成为国家完成其任务的必要手段。抽象危险犯与具体危险犯都是为弥补实害犯的不足,所采取的应对措施。但是,具体危险犯以法益侵害的具体危险作为犯罪成立的标志,而危险结果不易认定,因此在实践中容易造成公诉机关的举证困难。这就增加了公诉机关的追诉负担,也使得立法者提前保护法益的初衷落空。对于抽象危险犯,公诉机关只要证明存在法定风险犯罪行为即可。只要行为符合犯罪构成要件,就可以认定犯罪成立。因此,抽象危险犯的设置,可以减轻司法机关的负担,有助于追究风险行为人的责任;也能促使相关从业人员更加审慎和负责,对控制风险大有裨益。

(三) 抽象危险犯之缺陷及完善

抽象危险犯虽然有助于控制风险,但其在理论上的缺陷,也招致颇多诘难。抽象危险犯只要求行为符合构成要件,就可将行为人定罪处罚,不问危险是否存在,这就容易造成司法擅断,有侵犯人权之虞。

传统责任主义认为,对某一行为科处刑罚,除了行为给法益造成侵害或者危险,还要求行为人具有非难可能性^[16]。抽象危险犯仅以法律拟制的危险状态的出现作为可罚性依据,对其他条件却在所不问。与实害犯的犯罪构成相比,抽象危险犯的构成要件不要求出现实害结果,也不要求行为与结果之间的因果关系,只是描述一种拟制的带有抽象危险的犯罪行为。抽象危险犯以行为无价值作为其处罚根据,与主流的结果无价值论相去甚远。抽象危险犯的构成要件设置,变相剥夺了被告人自我辩护的权利,与法治国的思想格格不入。即使对抽象危险犯持肯定态度者也认为,在相当程度上,抽象危险犯是一种罗织,透显立法者的霸气,是把刑罚的防线向前与向外扩张。因此,立法上设计抽象危险犯,司法上解释抽象危险犯,都须谨慎^[17]。

既然抽象危险犯在理论上尚存有缺陷,同时也与依法治国思想与人权保障理念相龃龉,那么是否还有保留的必要呢?笔者认为,答案是肯定的。后工业化社会就像一个啮合紧密但又十分脆弱的精密仪器,只要一个部件出了问题就会带来一系列的严重后果。在这样一个时代,安全成了人们生活的核心,甚至连自由也要为其让位。就连一向标榜自由的美国,在经历9.11恐怖袭击后,有近4/5(78%)的民众愿意为了获得安全感而放弃某种自由^[3]。安全有赖于良好的社会秩序,刑法则是营造良好的社会秩序不可或缺的手段。工业社会之前,大多数风险都来自于人类社会外部,对其预测也相对容易。因此,采取传统的以实害犯为中心的立法模式,足以应对当时社会的风险状况。进入风险社会以后,人类自身成为最大的不安定因素,有时甚至连漫不经心的行为都会给社会带来巨大的灾难。唯有抽象危险犯能够在危险行为的早期就及时介入处罚,将风险控制在未然状态。这种干预模式与公众对安全的渴望十分契合,抽象危险犯的扩张,正是刑法对这个时代诉求的呼应。

抽象危险犯剥夺了被告人辩护权利的问题,也必须引起我们的重视。赋予被告人辩护的权利,是依法治国思想的重要主张,它是为弱势的公民一方提供保障的重要手段。因此,有学者建议,应当将抽象危险犯从行为犯的概念中剥离,在设置抽象危险犯时,增加“允许反证成立”的补救措施^[18]。这种反证的证明义务由被告人负担,只要被告人能够举证不存在危险,经过法官审查认为行为确实不存在危险的,就可以阻却犯罪的成立。德日学者称其为“准抽象危险犯”,它是指“从一般经验看来,尽管可能性极低,但也以有发生某种法益侵害的危险为必要的犯罪。”^[4]抽象的危险犯中的危险,是“在司法上”以行为本身的一般情况为根据或者说以一般的社会生活经验为根据,认定行为具有发生侵害结果的可能性(不是立法上的推定或认可)^[19]。对抽象危险犯的危险审查的素材来源,不仅来自于被告人的反证,还要结合社会一般人所具有的常识经验,对是否存在危险做出合理的判断。这样有利于保

障人权与保障安全之间的平衡,避免了为保障安全不当扩大犯罪圈。

四、抽象危险犯之立法建议

抽象危险犯的大规模设置,是风险社会下保障公共安全的必然要求。面对这样的潮流,我国刑法也应该积极地做出回应。当前,核安全、生态环境安全、食品安全及药品安全最为人们所关注,这些领域的高风险行为也成为各国刑事立法的关注重点,立法者大都采用了抽象危险犯的模式对这些行为进行规制。以日本为例,针对环境破坏的危险犯,根据“公害国会”中成立的“水质污染防治法”和“大气污染防治法”,在违反各种排除标准值进行排出时,采用了所谓拟制生命、身体之危险的“抽象危险犯”,只要违反法律规定,直接就科以刑罚制裁^[20]。

学界对于我国刑法中抽象危险犯的划分,存在不少争议和疑问,原因是学者将不少原属于行为犯的犯罪划入抽象危险犯的范畴,引起了概念上的混乱。目前,学界达成共识的是,我国的抽象危险犯主要集中于违反枪支、弹药安全管理规定的犯罪^[21]。也就是说,目前我国刑法规定的危险犯,基本都属于具体危险犯,而抽象危险犯只占很小一部分。值得关注的是,刑法修正案(八)中规定了危险驾驶罪,以及对制造、销售假药予以直接处罚,表明立法者已经愈来愈重视以抽象危险犯控制各种风险因素。然而,刑法中还有一些涉及食品安全以及环境安全的公害类犯罪,仍然采用具体危险犯或者实害犯的立法模式,这显然不利于达成有效控制风险的目标。在安全保障成为我国公众生活中心问题的情况下,立法者应当迎合时代潮流,将这些犯罪改造成为抽象危险犯。拟提出立法意见如下:

(一) 将刑法第143条“生产、销售不符合卫生标准的食品罪”修改为抽象危险犯,只要有生产、销售行为,就可以给予处罚

食品安全问题一直困扰着国家和民众,层出不穷的食品安全案件,一次次地刺痛了国民的神经。针对这种情况,刑法第144条专门设立了“生产、销售有毒、有害食品罪”的抽象危险犯,只要有生产或者销售掺入有毒、有害的非食品原料食品的,就可以定罪处罚。但是,此条规定针对的是在食品中掺入有害非食品添加剂的行为。而在现实生活中,人们还可能会遇到“回炉奶”、“发霉花生油”这些同样危害身体健康的问题食品。虽然刑法第143条规定了“生产、销售不符合卫生标准的食品罪”进行处理。但本罪属于具体危险犯,行为必须“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患”才定罪处罚。而最高院对本条危险状态的解释是,食品中含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物的。对这种解释,笔者以为不妥。以发霉花生压榨的花生油为例,其中所含的黄曲霉素是为公众所熟知的致癌物,但是普通人绝不会因为偶尔食用就罹患癌症,每个人都需要经过一定的时间,超过一定的耐受量才会发生上述危险。如果依照最高院的认定标准,这种有害产品要在生产、销售相当时间、相当数量后,才可能发生危害公共安全的具体危险。而这种危险的认定,如果没有实害结果的集中爆发,几乎是不可能办到的。这种认定方法,其本意是为了不至于造成打击面过大,但实质上是对这些无良奸商的放纵。笔者以为,生产、销售不符合卫生标准的食品罪与生产、销售有毒、有害食品罪一样,其行为本身就具有危险性,应当设置为抽象危险犯。只要行为满足罪状描述,一般情况下就应当给予处罚,如果不存在危险,由被告人承担举证责任。

(二) 在刑法第338条“重大环境污染事故罪”中,增设抽象危险犯的条款,无须等到实害发生就可以直接进行处罚

刑法修正案(八)规定“违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。”相比原来的规定,刑法修正案已经降低了成罪门槛,只需“严重污染环境”的结果即可进行处罚,不再要求出现“重大的人员或者财产损失”。然而,本罪采取的仍然是实害犯的模式。违规排放有毒有害的物质,其行为本身就具有高风险,但如果仅仅单纯处罚实害犯,对于打击污染行为的作用十分有限。实践中,这种只处罚实害犯的立法

模式,也已经证明是不太成功的。很多时候,污染环境的行为并不会造成生态环境的急剧破坏,污染行为给环境和民众健康带来的损害是累积、渐进的,只有到了一定程度才会表现出来。如何证明排污行为和危害结构之间的因果关系,也是一个棘手的问题。在发现实害犯模式的缺陷后,国外刑法大都将污染环境的行为设置为抽象危险犯,以更好地打击污染环境的行为。如《德国刑法典》第325条空气污染罪第2款规定:违背行政义务,在设备、工场、尤其是工厂机器的运转过程中,向设备范围之外大量释放有害物质的,处5年以下自由刑或罚金刑^[22]。

有鉴于此,我国刑法可以借鉴德国的经验,在重大环境污染事故罪中设立本罪的抽象危险犯,规定“违反国家规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金”,以此加大对污染环境行为的打击力度。

注释:

- ① 日本2011年3月11日大地震,导致福岛第一核电站1号至4号机组爆炸,引发核危机与恐慌。有报道称,此次日本核危机“虽系天灾诱发但纯属人祸”。主要是东京电力公司在明知福岛第一核电站一号反应堆系统老化的情况下,仍然制定了超期服役,长期保守运行的方案,预计到2031年正式退役。在机组超期服役的背后,就有东京电力公司28次篡改记录的不良背景。《日本核泄漏事件盘点 虽系天灾诱发但纯属人祸》,新浪网: <http://news.xinmin.cn/rollnews/2011/03/17/9798053.html>。

参考文献:

- [1] [德]贝克. 何博闻译. 风险社会[M]. 南京: 译林出版社, 2004. 17, 18, 35.
- [2] U. Beck. 1995. Ecological Politics in an Age of Risk. Cambridge: Polity Press. p. 77. 转引自杨雪冬. 等. 风险社会与秩序重建[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2006. 22.
- [3] 杨雪冬. 等. 风险社会与秩序重建[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2006. 40, 189.
- [4] [日]大谷实. 黎宏译. 刑法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 4, 95.
- [5] 黄荣坚. 刑罚的极限[M]. 台湾: 元照出版社, 1999. 222-223.
- [6] 罗大文. 张洪波. 风险社会与社会公共安全[J]. 经济与社会发展, 2007 (8).
- [7] 劳东燕. 公共政策与风险社会的刑法[J]. 中国社会科学, 2007 (3).
- [8] 陈晓明. 风险社会之刑法应对[J]. 法学研究, 2009 (6).
- [9] Herzog. Gesellschaftliche Unsicherheit und Strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991. S. 71. 转引自林东茂. 危险犯与经济刑法[M]. 台湾: 五南图书出版公司, 1996. 15.
- [10] 陈子平. 刑法总论·2008年增修版[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008. 479.
- [11] 林山田. 刑法通论[M]. 台湾: 三民书局, 1986. 106.
- [12] 林东茂. 危险犯与经济刑法[M]. 台湾: 五南图书出版公司, 1996. 15.
- [13] 李海东. 刑法原理入门·犯罪论基础[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 133.
- [14] [德]罗克辛. 王世洲译. 德国刑法学总论·第1卷[M]. 北京: 法律出版社, 2005. 275, 42.
- [15] 张红艳. 欧陆刑法中的抽象危险犯及其启示[J]. 河北法学, 2009 (9).
- [16] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007. 37.
- [17] 林东茂. 刑法综览·修订五版[M]. 台湾: 一品文化出版社, 2007. 69-70.
- [18] 鲜铁可. 新刑法中的危险犯[M]. 北京: 中国检察出版社, 1998. 41.
- [19] 张明楷. 危险犯初探[A]. 清华法律评论[C]. 北京: 清华大学出版社, 1998. 127.
- [20] [日]伊东研佑. 郑军男译. 现代社会中危险犯的新类型[A]. 何鹏, 李洁. 危险犯与危险概念[C]. 长春: 吉林大学出版社, 2006. 179.
- [21] 舒洪水. 危险犯研究[M]. 北京: 法律出版社, 2009. 63.
- [22] 许久生. 庄敬华译. 德国刑法典·2002年修订[M]. 北京: 中国方正出版社, 2004. 160.

(全文共13,502字)